

مدى تأثير عمل المرأة الحاضنة على مصلحة المحضون في الفقه الاسلامي والاجتهاد القضائي  
الجزائري

**The impact of the work of a foster woman on the interest of the child in the  
Islamic jurisprudence and Algerian jurisprudence**

براهيمي أسية (\*)  
جامعة أحمد بن بلة وهران 1، الجزائر  
Assia.brahimi@yahoo.fr

ليلي جمعي  
جامعة أحمد بن بلة وهران 1، الجزائر  
Leila\_hanaa@yahoo.fr

تاريخ الاستلام: 2021/04/26 تاريخ القبول للنشر: 2021/05/24

\*\*\*\*\*

**ملخص:**

أولى المشرع الجزائري عناية كبيرة لحماية مصلحة المحضون وسعى إلى تجسيدها بوضع نصوص قانونية تحقق ذلك، ومن أهم مواضع الحضانة عمل المرأة الحاضنة إذ أن المشرع الجزائري خطى خطوة مهمة في الموضوع بموجب تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05 من خلال ارتقاء قرارات المحكمة العليا وجعلها قاعدة قانونية في المادة 67 التي أقر فيها بعدم سقوط حق الحضانة للمرأة العاملة شرط مراعاة مصلحة المحضون، وقد أصاب المشرع في هذا التعديل كون المرأة بعد طلاقها أو وفاة زوجها لا تجد معيلا لها ولأولادها، ولا حرج في ذلك في الفقه الإسلامي. كلمات مفتاحية: حضانة، عمل، المرأة، مصلحة، اجتهاد.

**Abstract:**

Custody is considered one of the most important rights that affect the life of the foster child, since it is the basic nucleus of the society, Therefore, both Islamic Sharia and the Algerian legislature and judiciary have taken care to organize special rules for custody of the child.

The Algerian legislator took an important step by amending the Family Law 05/2 by raising Supreme Court decisions and making them legal provisions. In Article 67, in which it decided not losing the right to custody of a

working woman, provided that the best interest of the child is taken into account.

**keywords** : legislation, Work, Women, Custody, Foster.

## مقدّمة:

عني الإسلام بالفرد منذ نعومة أظافره، وتعتبر الحضانة واحد من أهم المسائل التي أولتها الشريعة الإسلامية عناية خاصة، لما تخلفه من آثار إيجابية وسلبية في حياة الفرد والأسرة و المجتمع، لأنها تختص بالصغير باعتباره اللبنة الأولى التي تتكون منها الأسرة والمجتمع.

إذا كانت الحياة الزوجية قائمة بين الزوجين، و موضوع الحضانة غير مطروح لكون الأبوين يشرفان معا وبشكل مباشر على تربية الأولاد باعتبار التربية مهمة جدا بالنسبة للصغير، وفي حالة الطلاق بين الزوجين فإن مشكلة الحضانة تطرح بحدة وكثيرا ما يتنازع الزوجان على الحق في الحضانة، فكل منهما يريد أن يحتفظ بحضانة الصغير، ومن أبرز القضايا التي يطرح فيها إشكال على مستوي المحاكم في مسألة الحضانة، إسناد الحضانة للمرأة العاملة ومن هنا يطرح الإشكال التالي : هل يحق للمرأة العاملة أن تكون حاضنة ؟ هل تسقط حضانة المرأة العاملة قانونا ؟ ما موقف الاجتهاد القضائي الجزائري من عمل المرأة الحاضنة؟

للإجابة على هذه التساؤلات اتبعت المنهج التحليلي بتحليل قرارات المحكمة العليا المتعلقة بحضانة المرأة العاملة، والمنهج المقارن بمقارنة النصوص القانونية بالأراء الفقهية في موضوع الدراسة.

وقمت بتقسيم البحث الى قسمين تناولت في المبحث الأول عمل المرأة الحاضنة في الفقه الإسلامي وأثره على الحضانة ، تناولت فيه مطلبين الأول فيه تطرقت إلى تعريف الحضانة وشروط ممرساتها والثاني تناولت أقوال الفقهاء في عمل المرأة الحاضنة ، المبحث الثاني فتناولت فيه عمل المرأة الحاضنة في الاجتهاد القضائي الجزائري وأثره على الحضانة ، قسمته إلى مطلبين تناولت في المطلب الأول عمل المرأة في الاجتهاد القضائي قبل تعديل قانون الأسرة ، أما في المطلب الثاني فتطرقت إلى عمل المرأة وتأثيره على الحضانة بعد تعديل قانون الأسرة.

ومن أهداف الدراسة البحث عن الإشكالات العلمية التي يبرزها التطبيق العملي للنصوص القانونية، وبيان الحلول التي استمدها القضاء الجزائري في حالة غياب النص أو سكوت المشرع عن تنظيم مسألة معينة وما إذا كانت هناك إشكالات علمية فرضها الواقع وأهمها النص وتصدى لها الاجتهاد القضائي.

## المبحث الأول: عمل المرأة الحاضنة في الفقه الإسلامي و أثره على الحضانة.

تعد الحضانة من أبرز الآثار المنجزة عن انحلال الرابطة الزوجية، و قبل الخضوع في رأي الفقه الإسلامي في حضانة المرأة العاملة لابد من تحديد تعريف للحضانة وشروطها وذلك في المطلب الأول ثم التعرّيج إلى آراء الفقهاء في عمل المرأة الحاضنة في المطلب الثاني على النحو الآتي:

### 1.2 المطلب الأول: تعريف الحضانة وشروط ممرستها.

تزداد أهمية الحضانة ويعظم قدرها عندما يتفرق الزوجان ، وتنشأ بينهما نزاعات وخصومات تعرض الطفل لمخاطر كبيرة، ولانحرافات مثيرة إذا لم يلتزم الطرفان بالأحكام الشرعية وتقديم مصلحة الأولاد على حظوظ النفس لذا كان من الضروري معرفة ما المقصود بالحضانة وماهي الشروط الواجب توفرها في ممرستها وهذا ما يتم تناوله في هذا المطلب في فرعين.

### 2.2 الفرع الأول: تعريف الحضانة.

أولاً: لغة الحضانة: مصدرُ الحَاضِنِ وَالْحَاضِنَةِ. وَالْمَحَاضِنُ: الْمَوَاضِعُ الَّتِي تَخْضُنُ فِيهَا الْحَمَامَةُ عَلَى بَيْضِهَا، وَالوَاحِدُ مَخْضَنٌ. وَحَضَنَ الصَّبِيَّ يَحْضُنُهُ حَضْنًا: رَبَّاهُ. وَالْحَاضِنُ وَالْحَاضِنَةُ: الْمُؤَكَّلَانِ بِالصَّبِيِّ يَحْفَظَانِهِ وَيُرَبِّيَانِهِ. (ابن منظور، 1414هـ، صفحة 123 ج13)

### ثانياً: اصطلاحاً

أ- شرعاً: الحضانة من الناحية الفقهية لها عدة تعاريف ورغم ما يميزها عن بعضها البعض في جوانب محددة نجد أن جملها تصب في قالب واحد وهو رعاية الصغير والتكفل به صحياً واجتماعياً و تربوياً و أخلاقياً .

فقد عرف الإمام مالك الحضانة بأنها حفظ الولد والإشفاق عليه والقيام بمصالحه ومراعاة أموره والأم أقوم بذلك من الأب ومن كل أحد. (عبد الوهاب أ.، بدون تاريخ، صفحة 940 ج1) والشافعية عرفوها بانها: " حفظ من لا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه وما يضره " . (الرملي، 1404هـ-1984م، صفحة 225 ج7)

فمن التعاريف السابقة صار واضحاً أن الحديث يدور عن الصغير والصغيرة واللذين لم يبلغا بعد ، وذلك مقصود في حد ذاته كون أنه لابد من الصغر أو العته في إيجاب الحضانة، ذلك أن البالغ الرشيد لا حضانة عليه .

ب- قانوناً: عرف المشرع الجزائري الحضانة في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري ولم يتركها للاجتهاد وذلك بنصه: " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك " .

فالمشروع الجزائري لم يخرج إجمالاً عن التعريف الفقهي حيث ركز على أسبابها وأهدافها محددًا بذلك نطاق الحضانة ووظائفها الأساسية ومن هنا يتعين على المحكمة عندما تحكم بالطلاق وتفصل في حق الحضانة أن تراعي كل هذه الجوانب التي تضمنها التعريف. (العربي، 2004، صفحة 390 ج1) وانطلاقاً من كون تعريف المشروع الجزائري للحضانة اعتمد فيه على أهدافها، فإنه يتضح جلياً أن الحضانة تتمثل أساساً في:

-تعليم الولد: ويقصد به التمدريس الرسمي ويعد حقاً لكل طفل ويضمنه القانون مجاناً وإجبارياً.  
-تربيته على دين أبيه: أي أن الحاضنة قد تكون لأم كافرة ولذلك أوجب القانون أن تقوم بتربيته المحضون على مبادئ وقيم الدين الإسلامي، وهو دين الأب في تنشئة الطفل.

وهذا ما جسده قضاء المحكمة العليا الذي جاء في أحد قراراته المؤرخة في 13 مارس 1989: "من المقرر شرعاً وقانوناً أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا كانت كافرة خيف على دينه وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج.

ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقاً للأحكام الشرعية والقانونية." ( قرار المحكمة العليا، ملف رقم 52221 المؤرخ في 13 مارس 1989).

-السهر على حمايته: تتضمن حماية الطفل المحضون كل الجوانب المعنوية والمادية، فلا يكون عرضة لأي عنف جسدي أو لفظي، كما يجب التكفل به خلقياً وذلك بتعليمه وتأديبه ليكون فرداً صالحاً وسويًا في المجتمع (ذيابي، باديس، 2012، صفحة 126)

### 3.2 الفرع الثاني: شروط ممارسة الحضانة.

كان المشروع الجزائري مقتضياً جداً من حيث تحديد شروط الحضانة التي ينبغي أن تتوافر في الحاضن بشكل عام، إذ لم يخص الموضوع إلا بفقرة جد مختصرة في المادة 62 من قانون الأسرة بقوله: "..... ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك".

ويثور التساؤل عن ماهية الأهلية التي يقصد بها المشروع الجزائري، وهل تتحد مع الأهلية المنصوص عليها في التشريع المدني والإجراءات المدنية.

يبدو أن ما يقصد المشروع الجزائري بالأهلية المنوه عنها في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، إنما تلك المتعلقة بالقدرة والاستطاعة على تربية الصغير والقيام بشئونه، والكفاءة للاطلاع على هاته المهمة التي لا يمكن أن تؤدي على أكمل وجه إلا بتوافر عديد الشروط أجمع عليها الفقهاء وتبناها قانون الأسرة من خلال نصه في المادة 222 من قانون الأسرة على أنه: " كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ". ( القانون رقم 11/84 المؤرخ في جويلية 1984، المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 5 فيفري 2005، المتضمن قانون الأسرة الجزائري ).

فالحضانة شروط عامة تخص الرجال والنساء على حد سواء، وشروط أخرى تخص النساء بمفردهن، وشروط تخص الرجال لوحدهم.

### أولاً: الشروط العامة .

قدم الشرع والقانون حضانة المرأة على حضانة الرجل، لكون المرأة هي الأقدر على رعاية الصغير والأكثر تحملاً وصبراً على تلبية طلباته وحاجاته، يشترط في الحاضنة أما كانت أو غير أم شروط إذا توفرت فيها مع توفر شفقتها بقربتها المحرمة تحقق الغرض المقصود وهو تربية الصغير والقيام بشئونه خير قيام وهي:

- أن تكون حرة؛ لأن المملوكة مشغولة بخدمة مالكيها عن تربيته.

- عاقلة؛ لأن غير العاقلة لا تحسن القيام بشئونه ويخشى عليه منها.

- بالغة؛ لأن أخته الصغيرة مثلاً في حاجة إلى الحضانة.

- قادرة على تربيته والمحافظة عليه، فلو كانت كفيفة أو مريضة بأي مرض يعجزها عن القيام بشئونه والمحافظة عليه لا تكون أهلاً لحضانته، أمينة عليه، فلو كانت كثيرة المغادرة لمنزلها ومهملة شئون الحاضن تسقط عنها الحضانة.

5- أن يكون الحاضن أمينا على المحضون وكذلك إذا انتقل حق الحضانة إلى الرجال المحارم. سواء كانوا العصبية أو غيرهم لا يكون المحرم منهم أهلاً لحضانة الصغير إلا إذا كان أمينا عليه، قادراً على تربيته، فلو كان فاسقاً أو مفسداً أو غير قادر على تربيته لجنون أو عته أو مرض، فلا حق له في حضانته.

6- والحاضنة أما كانت أو غير أم، لا يشترط في أهليتها لحضانة الصغير اتحادها معه في الدين، فلو كانت أم الصغير المسلم غير مسلمة فهي أحق بحضانته؛ لأن الشفقة الباعثة على قيام الأم بشئون ابنها أو الأخت بشئون أخيها لا تختلف باختلاف الدين، إلا إذا ظهر أن في وجوده معها خطراً على إسلامه فلا تكون أهلاً لحضانته. وأما إذا انتقلت الحضانة للعصبية من الرجال المحارم فيشترط في أهلية العاصب منهم لحضانة الصغير اتجاهه في الدين؛ لأن حق حضانتهم يعتمد على التوارث ولا توارث مع اختلاف الدين.

والظاهر أنه إذا انتقل حق الحضانة إلى المحارم الأقارب من الرجال غير العصبية لا يشترط اتحاد الدين، لأن علة الاستحقاق هي القرابة المحرمة لا التوارث.

وإذا وجد أكثر من واحدة أو واحد كلهم أهل لحضانة الصغير ودرجة قرابتهم به واحدة، كعدة أخوات شقيقات أو عدة أخوة أشقاء فالأحق منهم بحضانته أصلحهم، لتربيته، فإن تساوا من كل جهة يختار القاضي من بينهم من يشاء (عبد الوهاب خ.، 1357هـ-1938م، صفحة 208)

## ثانيا : الشروط الخاصة

إضافة إلى الشروط العامة التي ينبغي توفرها في المرأة حتي تسند لها الحضانة ، والمتمثلة في العقل البلوغ ، والأمانة في الأخلاق والقدرة على التربية ، نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية خصوا بعض الشروط جانب النساء حتى تعطي لهن الحضانة ، ونوردها فيما يلي :

1- أن لا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم منه :  
إذا تزوجت الأم، فما لم يدخل بها فهي أحق به، فإن دخل بها انقطعت حضانتها (مالك، 1415هـ-1994م، صفحة 258)

لقوله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تنكحي" (أبو داود، 1420هـ-2009م، صفحة 558ج3)، ولأن الصبي يلحقه ضرر ويتكره الزوج له وتضره به، ولأن الأم تدعوها الضرورة إلى التقصير في تعهده طلباً لمرضاة الزوج، وكان ذلك الأب يضر بالصبي، فلذلك زال حقها من الحضانة فإن طلقها أو مات عنها كان لها أخذه لزوال المانع. (عبد الوهاب أ.، بدون تاريخ، صفحة 941ج1)  
وعلى مستوى التشريع الجزائري فإن المادة 66 من قانون الأسرة نصت على أنه يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم مالم يضر بمصلحة المحضون .

2- أن تقيم الحضانة في بيت لا يبغضه المحضون ، معظم الفقهاء يعتبرون أن سكن الحضانة مع من يبغضه الصغير يعرضه للأذى والهلاك ، فشرط السكن الملائم واللائق ضروري لكي يتربى الطفل في بيئة تحفظ له الاستقامة الضرورية على مستوى دراسته أو صحته أو خلقه .

### 4.2 المطلب الثاني : أقوال الفقهاء في عمل المرأة الحاضنة .

الواقع أنه لاختلاف بين الفقهاء وعلماء الشريعة في أن المرأة مكلفة بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر مثلها مثل الرجال تمام وذلك لقوله تعالى " وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَيُطِيعُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَئِكَ سَيَرْحَمُهُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ " (سورة التوبة، الآية 71) كما أنه لا خلاف بين الفقهاء في أمر تثاب على العمل الصالح الذي تؤديه، وذلك لقوله تعالى: " وَمَنْ يَعْمَلْ مِنَ الصَّالِحَاتِ مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أَنْثَى وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَأُولَئِكَ يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ وَلَا يُظَلَّمُونَ فِيهَا شَيْئاً " (سورة النساء الآية 124)، وقوله تعالى: " فَاسْتَجَابَ لَهُمْ رَبُّهُمْ أَنِّي لَا أُضِيعُ عَمَلَ عَامِلٍ مِّنْكُمْ مِّمَّنْ ذَكَرٍ أَوْ أَنْثَى بَعْضُكُمْ مِّنْ بَعْضٍ " (سورة آل عمران الآية 198)

إنما العمل المقصود في موضوعنا هو النشاط الذي يبعد الحضانة عن رعاية مصلحة الطفل أتم الرعاية والصيانة، فمن هنا فإننا بصدد التطرق إلى عمل المرأة ومدى فعاليتها في اسقاط الحضانة،

كما أن مصلحة المحضون تجد نطاقها الواسع وامتدادها في هذه المسألة، بل تبرز أكثر من أي مسألة من مسائل الحضانة (زكية، 2004-2005، صفحة 426).

ويوجد في هذا الشأن اتجاهان مختلفان وأن أساس هذا الخلاف بين الفقهاء يتجلى في مضمون العمل أو نوعية العمل الذي تسمح به الشريعة الإسلامية للمرأة، حاضنة كانت أم غير حاضنة وإن كان اتفاقهم ينصب على أن الواجب يدعونا إلى اعتبار "بناء الأسرة" الوظيفة الأساسية للمرأة لكي تتمكن من أداء دورها في تربية الأطفال والعناية بهم عناية الأم، وعلى هذا فمعيار سقوط حق الحضانة بالنسبة للمرأة العاملة هو التقصير وعدمه في القيام بواجبات المحضون.

حيث يرى الحنفية والحنابلة (البهوتي، دون تاريخ، صفحة 629) أنه يجب على الحاضنة القيام بواجبات المحضون فإن لم تقم بذلك بأن قصرت في رعاية المحضون سواء من حيث الصحة والنظافة والتعليم والتأديب بحيث يلحق تقصيرها الضرر به في جسمه وسلوكه أو تسببت في إضاعة مصالحه فإن هذا يؤدي إلى سقوط حقها في الحضانة ويلحق بتقصير الحاضنة كثرة خروجها من البيت على وجه يؤدي إلى إضاعة المحضون.

فقد اتفق الفقهاء قديما وحديثا على أن المرأة التي تعمل خارج بيتها ويؤدي خروجها المتكرر إلى الإضرار بالمحضون فإن هذا يفقدها حقها في حضانة الصغير، وجاء في المبسوط "وجعل حق الحضانة إلى الأمهات لرفقهن في ذلك مع الشفقة وقدرتهن على ذلك بلزوم البيوت" (السرخسي، 1414هـ-1993م، صفحة 207 ج5) وجاء في الفتاوى الهندية: "ولا حضانة لمن تخرج كل وقت وتترك البنت ضائعة" وفي روضة الطالبين: "الشرط الخامس كونها فارغة خلية" (النووي، 1412هـ-1992م، صفحة 10 ج9)

#### - صور العمل التي تسقط حق الحضانة للمرأة الحاضنة :

اختلف الفقهاء في صور العمل التي لا تؤدي إلى فقد حق الحضانة إلى قولين .

أ- فقد نص الحنفية على أن عمل المرأة إذ لم يؤثر على المحضون بأن كانت مدة خروجها قصيرة، فإن هذا لا يفقدها حقها في الحضانة بخلاف ما لو كانت مدة خروجها طويلة كما لو كانت قابلة أو مغسلة (ابن عابدين، 1412هـ-1992م، صفحة 556 ج3).

ب- ذهب مجموعة من الفقهاء المعاصرين إلى أن عمل المرأة يكون في ضوء قدرتها على تربية المحضون ورعايته، فإذا تمكنت من التوفيق بين الأمرين بإنابة غيرها عنه في الحضانة تمكنت من التوفيق بين الأمرين بإنابة عنها في الحضانة، فيبقى حقها في الحضانة قائما، وعلى هذا فعمل المرأة يجب أن ينظر إليه من خلال أداء الحقوق والواجبات الأسرية، وممن قال بهذا الرأي مصطفى شلبي، وعبد الرحمن الصابوني (مصطفى، 1403هـ-1983م، صفحة 764).

ج- أما الشيخ أبو زهرة فقد ذهب إلى رأي قريب من رأي الحنفية السابق فقال إن المرأة التي تخرج من بيتها معظم النهار لا تستطيع القيام بتربية محضونها وعليه تفقد حقها في الحضانة إلا أنه ذهب إلى تقدير الاستطاعة يرجع فيه إلى القاضي (الصابوني، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، 1983، صفحة 279)

د- ويرى محمد عقلة سقوط حق المرأة العاملة في حضانة الصغير ويبلور رأيه بأن الواقع العملي يثبت الأثر السلبي لعمل المرأة وما يسببه من تفكك الأسر و ضياع الناشئة (محمد، 1436هـ- 2015م، صفحة 406)

والذي أراه و الله أعلم في هذه المسألة القول بعدم سقوط حق الحضانة بمجرد عمل المرأة إنما يمكن النظر إلى طبيعة هذا العمل، فإن كان يستغرق منها وقتا طويلا يؤدي إلى التفريط في حق المحضون ولا يكون هناك من ينوبها في أوقات العمل فأرى سقوط حقها في الحضانة لأن ذلك مضرة تلحق المحضون والقاعدة الفقهية تنص على "أن الضرر يزال" فلا بد أن يزال الضرر بإسقاط حقها في الحضانة، أما إذا كان عمل المرأة لا يضر بمصلحة المحضون فلا داعي لإسقاط حقها في ذلك.

### المبحث الثاني: عمل المرأة الحاضنة في التشريع الجزائري والاجتهاد القضائي.

سار المشرع الجزائري على نهج فقهاء الشريعة الاسلامية بالاعتراف للأم بحضانة طفلها وهذا ما عبر عنه في قانون الأسرة الجزائري وذلك حسب المادة 64 عندما صرح قائلا "الأم أولى بحضانة ولدها" وهذا حق من حقوقها، كما أن من أبرز حقوقها التي يقرها القانون والمواثيق الدولية حقها في العمل فيمكن للمرأة الحاضنة مزاولة عمل ما بغرض اشباع حاجاتها هي وابنها المحضون، وبهذا يثور الاشكال بين مسؤوليتين على عاتق المرأة الحاضنة بين عملها وبين الرعاية التي يحتاجها الطفل المحضون وهذا الاشكال كان محل نقاش في العمل القضائي لذا سنتناول في هذا المبحث مطلبين الأول سنتناول فيه حق المرأة في العمل في المواثيق الدولية والقانون الجزائري أما المطلب الثاني سنتناول فيه عمل المرأة الحاضنة قبل وبعد تعديل قانون الأسرة .

#### 1.3 المطلب الأول : حق المرأة في العمل في المواثيق الدولية والقانون الجزائري .

تعتبر المرأة نصف المجتمع وعملها نصف الطاقة الانتاجية فموضوع عملها يكتسي أهمية بالغة فقد حرصت المواثيق الدولية على إعطاء المرأة حقوقا متساوية لحقوق الرجل ، ومنها حقها في العمل ، ولا تزال المؤتمرات الدولية تصدر توصيات بخصوص تعزيز حق المرأة في العمل مع مراعات خصوصياتها، خاصة عندما يتعلق الأمر بالمرأة المتزوجة التي تمر بفترات الحمل والإرضاع وتربية الصغار ، فنصت المادة 23 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان " على أن لكل شخص الحق في

العمل وفي حرية اختيار عمله وفي شروط عادلة ومرضية وفي الحماية كالبطالة فكلمة شخص تشمل الرجل والمرأة وبذلك يكفل هذا النص للمرأة حق العمل رغم أنه لا يتمتع بالقوة الملزمة " (الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948).

كما أن للعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966 بأنه له صفة قانونية ملزمة فهو عبارة عن معاهدة دولية جماعية يجب على الدول المنظمة احترامها وإلا ثارت ضدها مسؤوليات دولية وقد أكدت على حقوق المرأة في العمل إذ جاء في المادة 06 منه : " تعترف الدول الأطراف في هذا العهد بالحق في العمل الذي يشمل ما لكل شخص من حق في أن تتاح له امكانية كسب رزقه بعمل يختاره أو يقبله بحرية وتقوم باتخاذ تدابير مناسبة لصون هذا الحق " (العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966).

يتبين لنا من هذا النص ومن غيره أن المواثيق الدولية في البداية شهدت مصطلحات عامة واسعة الدلالة على حق المرأة في العمل من ذلك إدخال المرأة ضمنا في لفظ الشخص أو الفرد أو الإنسان غير أن الإعلان جاء للقضاء على التمييز ضد المرأة إذ جاء نص المادة 10 منه على أنه : " تتخذ جميع التدابير المناسبة لكفالة ، تتمتع المرأة المتزوجة أو غير المتزوجة بحقوق مساوية للرجل في ميدان الحياة الاقتصادية والاجتماعية ولاسيما الحق دون تمييز بسبب الحالة الإجتماعية أو أي سبب آخر في تلقي تدريب مهني وفي حرية اختيار المهنة ونوع العمل ، وفي نية الترقية في المهنة والعمل " (العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966).

وهذا النص صريح في مساواة بين الرجل والمرأة وتولي الوظائف بغض النظر عن الحالة الاجتماعية للمرأة من كونها متزوجة أو غير متزوجة .

ونظرا لأن لكون الإعلان العالمي غير ملزم فقد جاءت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1979 ملزمة للدول إذ جاء فيها : " تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان العمل لكي لها على أساس المساواة بين الرجل والمرأة ونفس الحقوق ولاسيما الحق في العمل بوصفه حقا ثابتا لجميع البشر " (اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1979)

كما نصت اتفاقية سيداو على كل الحقوق التي تحتاجها المرأة للعمل في المادة 11 ذلك أن هذه الاتفاقية تمت خصيصا لصالح المرأة والمحافظة على مكانتها ولتجعل الدول التي وقعت عليها تلتزم بها لأنه في ذات الوقت كانت بعض الدول لا تعطي المرأة الحق في العمل أو حتي مجرد الاشراف أو الاشتراك الفعلي (اتفاقية سيداو) .

وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجد أن المشرع نص على حق المرأة في العمل كحق دستوري إذ جاء في المادة 67 منه على : "يتساوى جميع المواطنين في تقلد المهام والوظائف في الدولة" (دستور الجزائر 2020، الجريدة الرسمية ، العدد 54، السنة السابعة والخمسون ، المعدل بالمرسوم الرئاسي رقم 20-251 المؤرخ في 28 محرم 1442 هـ الموافق ل 16 سبتمبر 2020م).

نلاحظ من النصوص أنها سوت بين الرجل والمرأة في حق العمل والآثار القانونية المترتبة على ذلك ، كما أنه تم النصفي المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري على حق المرأة المتزوجة في اشتراط العمل على زوجها في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق ، وإن كان ظاهرا من المادة حماية المرأة إلا أنها تشير ضمنا إلى أن من حق الزوج أن يمنع الزوجة من العمل ، في حالة انعدام الشرط والجزائر تعمل جاهدة للقضاء على التمييز بين الرجل والمرأة في ميدان العمل وتسهر على حقوق المرأة العاملة وذلك بالمصادقة على عدة اتفاقيات .

### 2.3 المطلب الثاني: عمل المرأة الحاضنة قبل وبعد تعديل قانون الأسرة.

بالرجوع إلى أحكام المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 والتي تنص على أنه:

"تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المعتبرة شرعا في المادة 62 أعلاه".

يتضح من خلال هذه المادة أن الحضانة قد تسقط لاختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري ولكن يجب على المحكمة عند تطبيق أحكام هذه المادة أن تبقى تراعي مصلحة المحضون في حالة بقائه مع حضائته الأولى بين الفوائد التي يمكن أن تعود عليه في حالة إسقاط حق حضائته على هذا الحاضن وإسنادها إلى غيره (عقلة، 1990، صفحة 370)

لكن قد يصعب على القاضي تقدير هذه المصلحة كونها شيئا معنويا لا يمكن إثباتها بسهولة قد يوقع القاضي في التناسب عند تقديرها، فهناك أسباب قد يدفع بها من له مصلحة في طلب إسقاط الحضانة عن الحاضن وهي غير منصوص عليها في قانون 84-11، من بينها سقوط الحضانة بسبب عمل المرأة الحاضنة، فالاجتهادات القضائية اعتبرت عمل المرأة ليس بسبب لإسقاط الحضانة عنها (سعد، 1989، صفحة 301)، رغم عدم وجود النص القانوني ونظرا لوجود هذا الفراغ القانوني وحساسية هذا الموضوع، ولأن مصلحة المحضون هي من النظام العام.(القرار رقم 32594، المؤرخ في 1984/04/02 غرفة الأحوال الشخصية، قرار المحكمة العليا، المجلة القضائية، لسنة 1989، العدد01، ص 77).

ولقد تدخل المشرع الجزائري من خلال تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05-02، والذي تناول مسألة عمل الحاضنة من خلال أحكام المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على أنه: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه، ولا يمكن لعمل المرأة أن

يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون"

والواقع أن أحكام الفقرة الثانية تتعلق بحالة أصبحت ظاهرة هي ولادة الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا وجاء المشرع في التعديل الجديد ليتوج الاجتهادات القضائية بنص قانوني صريح يحسم النزاع ومن بين هاته القرارات القرار المؤرخ في 18 يوليو 2000 إذ أكد على أنه: "... حيث أنه بالفعل فقد جاء القرار خاليا من أي تسبب مكثفيا بالقول أن القرار المعرض جاء سليما وتعليقه كفايا ، إضافة إلى كون القرار المعرض أسقط حضانة الولدين عن الطاعنة بسبب العمل دون أي سبب آخر خصوصا وقد استقر اجتهاد المحكمة العليا على أن العمل لا يعتبر مسقطا للحضانة، وعليه فالوجهين مؤسسين الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالة نفسه للمجلس" كما أكد محتوى هذا القرار قرار آخر للمحكمة العليا جاء فيه: "حيث أن عمل الحاضنة لا يوجب إسقاط حقها في حضانة ولدها مالم يتوفر الدليل الصحيح على أن هذا العمل يحرم المحضون من حقه في العناية والرعاية..." (القرار رقم 245156، المؤرخ في 18 يوليو 2000، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، قرار المحكمة العليا، المحلة القضائية لسنة 2001 عدد خاص، ص 190).

فمن هذا القرار وغيره يتأكد لنا أنه لا يمكن لمن له الحق في الحضانة إسقاطها على الحواضن اللاتي لهن عمل خارج البيت بحجة إهمال المحضون بسبب الخروج للعمل خارج البيت لأنه من حقها أن تعمل وتكتسب لتعيش بشرف ولا عبرة حينئذ بطلب الأب إسقاط حضانة الحاضنة بسبب العمل إلا إذا تبين للقاضي بعد خبرة اجتماعية فردية وجماعية يعينها بحكم تمهيدي أن مصلحة المحضون في خطر مادي أو معنوي، أو أنه مهمل هنا فقط يكون للقاضي على أساس معيار مصلحة المحضون والمرتبطة دوما بالنظام العام إسقاط حق الحاضنة في الحضانة وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري الفقرة 3 بقولها: " غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون". وعليه فإذا كان الضياع الذي يتعرض إليه المحضون يرجع إلى خروج الحاضنة خروجاً يتسم بالكثرة التي تفوت على الصغير مصلحته في حضانة الحاضنة له إسقاط حق المرأة العاملة في الحضانة. (القرار رقم 274207، المؤرخ في 03 يوليو 2002، غرفة الأحوال الشخصية، قرار المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 20047، العدد 01، ص 272).

ومن هنا فإننا نعتقد أن الأسئلة الأساسية في هذا المجال على المنوال الآتي: هل تستطيع الحاضنة أن تقدم للمحضون أحسن العناية وأفضل التربية بخروجها إلى عملها؟ هل هناك قيود شرعية و قانونية لحماية مصلحة المحضون؟ ومتى يعد عمل المرأة مسقطا للحضانة؟

بالنظر من الناحية العملية، فالنفقة التي يحكم بها على الأب فهي غير كافية لتغطية كافة تكاليف التي تتطلبها نفقة الطفل وتربيته، ويعني بذلك النفقة الغذائية التي يتحرر منها الأب ما هي في حقيقه الأمر إلا مساهمة بسيطة مقارنة مع غلاء المعيشة في الوقت الحاضر (الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري - الطلاق وآثاره، 2000-2001، صفحة 232 ج2)، ولتأكيد هذه الأقوال، نستعين بحكمين صادرين عن محكمة تلمسان، حيث قضى الأول 900 دج شهريا لكل واحد منهما (زكية، 2004-2005، صفحة 449) في حين قرارها الثاني بتاريخ 06 فبراير 1999 بـ 1000 دج شهريا.

فعمل المرأة أمر مشروع لتحقيق حاجتها وحاجيات محضونها و أمر ضروري في وقتنا الحالي إلا أنه لا يمكن إطلاقه على كل حالة بل لا بد من قيود شرعية وقانونية حفاظا على مصلحة المحضون ويمكن تعدادها كالاتي:

أولاً: إن خروج الحاضنة لسبب غير شرعي يؤدي إلى إسقاط الحضانة عنها بحكم مبني على أساس سوء أخلاقها وعدم أمانتها وفي هذا الصدد فقد قيل أنه ليس بشرط أن يكون الخروج المعصية بل الخروج إن كان لمعصية فيدخل في حيز آخر ويكون عدم الأهلية ومن ثم الإسقاط مرده سوء السيرة والإشتهار بالفجور.

ثانياً: إن عمل المرأة يجب أن ننظر إليه على ضوء مصلحة الطفل وعليه فإذا استطاعت الحاضنة التوفيق بين عملها في الخارج وعملها كحاضنته بعدم ترك الطفل ضائعا فإن هذا لا يسقط حقها في الحضانة والحق فبسبب الضياع الذي يتعرض إليه الطفل يرجع إلى خروج الحاضنة خروجاً يتسم بالكثرة التي تفوت على الصغير مصلحة في حضانة الحاضنة له ومن ثم فمن الناحية العملية، فكثرة هذا الخروج ووقته يقدر القاضي فيما إذا كان يعيق فعلا ممارسة الحضانة، أما إذا كان نادرا لا يتضرر منه المحضون لا مجال لإسقاط الحضانة عنها.

ومن هنا فعلى القاضي النظر إلى نوع الوظيفة (أو العمل) التي تقوم بها من حيث إذا كان يشغلها كل الوقت عن المحضون ومن حيث مساهمة هذه الوظيفة في تحقيق مصلحة الطفل كأن تكون الحاضنة مدرسة تستغل تعلمها في إعانة المحضون في دراسته وتراقب واجباته المدرسية، أو تكون طبيبة تدرك ما يضر الطفل وتحفظ صحته.

وفي الأخير يمكن القول فما دامت الوظائف مشروعة والحاضنة لا تتخلى عن الطفل وقت كبيرا إلى حد فقدانه الحنان والرعاية والتربية، وأن الحاضنة ماهرة في تدبر أمره بحيث توفق بين عملها في الخارج وعملها في الداخل، فإن حقها في الحضانة لا يسقط إذا ما توافرت فيه الشروط الأخرى (cpfbenatia, 1970, p. 40)

وكخلاصة لما سبق يتبين لنا أن المواد المتعلقة بالحضانة تقريبا كلها جاءت بعبارة "مع مراعاة مصلحة المحضون" وبالرغم من تكرارها عدة مرات إلا أن المشرع لم يورد أي تعريف لها ولا حتى تحديدا لمعناها على الرغم من أهميتها.

وهذا يعني أنه ترك المجال واسعا لتدخل القاضي في كل المسائل مما يزيد من صعوبة مهمته أمام مسألة تقتضي الحرص التام على مصلحة المحضون وأمام سكوت المشرع على بعض الأحكام فإنه يتعين على القاضي الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا كان القاضي غير متخصص في أحكام الشريعة فهل هذا يعني ضياع حق الطفل.

فكان على المشرع أن يسهل على القاضي مهمته بتوضيح الأحكام وعدم إحالته إلى مبادئ الشريعة في كل مرة.

وعليه بالرغم من أن المشرع الجزائري قد قام بتعديل بعض الأحكام المتعلقة بالحضانة رغبة منه في تحقيق حماية أفضل للمحضون، إلا أنه مازالت تعترضها بعض النقائص من الأحسن أن يتداركها حتى تكتمل الحماية التي يهدف إليها.

### خاتمة:

- إن مشاركة المرأة في الحياة العامة يجب ألا يؤثر سلبا على واجباتها الأسرية ، لأن تربية الجيل الجديد وتشكيل شخصيته يعد من أهم وظائف الأم ، فإذا ما غابت هذه الوظيفة فإن المتوقع هو وجود جيل يعاني أبنائه من خلل عاطفي ونفسي ووجود متفكك الأسر متقطع الروابط .
- تتويج اجتهادات المحكمة العليا وارتقاءها الى نص قانوني يجعل عمل المرأة ليس من مسقطات الحضانة إلا إذا مس مصلحة المحضون .
- في جميع الحالات التي تكون عليها الحاضنة أما أو غيرها يجب مراعاة مصلحة المحضون ، كما ذهب المشرع الجزائري وأكدته الاجتهادات القضائية المستندة أساسا إلى ما هو مقرر في الفقه الإسلامي ، وذلك لأن حق المحضون أولى وأؤكد من حق الحاضن ، فلا يكون للمرأة العاملة الاحتفاظ بحقها في الحضانة ما لم تتأكد مصلحة المحضون .

### التوصيات :

ومن التوصيات ما يلي :

- لا بد من التنبيه في هذا المقام إلى أنه مادام المشرع يتجه إلى تشجيع خروج المرأة للعمل ، فيكون بالضرورة عليه مراعاة قوانين العمل المعمول بها ، لظروف المرأة الحاضنة وتقليل ساعات عملها بما لا يتعارض مع واجباتها الأسرية بحضانة صغارها .

- من التوصيات أيضا أنه يجب على الجهات المعنية وضع دور الحضانة في أماكن العمل كالمؤسسات والجامعات والمدارس للتسهيل على المرأة الحاضنة تفقد حاضنها خلال فترات الراحة الممنوحة لها في العمل .

## قائمة المصادر والمراجع:

### الكتب:

- ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين. (1414هـ). *لسان العرب*. بيروت: دار صادر.
- أبو زكرياء محي الدين بن شرف النووي. (1412هـ-1992م). *روضة الطالبين وعمدة المفتين*. بيروت: المكتب الاسلامي.
- أبو محمد بن علي بن نصر عبد الوهاب. (بدون تاريخ). *المعونة على مذهب أهل المدينة* (الإصدار بدون طبعة). مكة المكرمة: المكتبة التجارية مصطفى أحمد الباز.
- أبوزهرة محمد. (1436هـ-2015م). *الأحوال الشخصية*. القاهرة: دار الفكر العربي.
- بلحاج العربي. (2004). *الوجيز في شرح قانون الأسرة* (الإصدار الطبعة الثالثة). الجزائر: ديوان المطبوعات الجزائرية.
- بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المديني مالك. (1415هـ-1994م). *المدونة* (الإصدار الطبعة الأولى). دار الكتب العلمية.
- خلاف عبد الوهاب. (1357هـ-1938م). *أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية* (الإصدار الطبعة الثانية). القاهرة: مطبعة دار الكتب المصرية.
- ذيابي، باديس. (2012). *صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري*. عين مليلة الجزائر: دار الهدى.
- سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد أبو داود. (1420هـ-2009م). *سنن أبي داود*. دار الرسالة العلمية.
- شلي مصطفى. (1403هـ-1983م). *أحكام الأسرة في الاسلام* (الإصدار الطبعة الرابعة). بيروت: الدار الجامعية.
- شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي. (1404هـ-1984م). *نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج* (الإصدار الطبعة الاخيرة). بيروت: دار الفكر.
- عبد الرحمان الصابوني. (1983). *نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام*. القاهرة: مكتبة وهبة.
- عبد الرحمان الصابوني. (2000-2001). *شرح قانون الأحوال الشخصية السوري - الطلاق وآثاره* (الإصدار الطبعة الثامنة). دمشق: منشورات الجامعة.
- عبد العزيز سعد. (1989). *الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري* (الإصدار الطبعة الثانية). قسنطينة الجزائر: دار البعث.
- عبد الوهاب ، أبو محمد بن علي بن نصر. (بدون طبعة). *المعونة على مذهب عالم المدينة*. مكة المكرمة: المكتبة التجارية.

محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز. (1412هـ-1992م). الدر المختار وحاشية ابن عابدين (الإصدار الطبعة الثانية). بيروت: دار الفكر.

السرخسي. محمد بن أحمد بن أبي سهل. (1414هـ-1993م). المبسوط. بيروت: دار المعرفة.

محمد عقله. (1990). نظام الأسرة في الإسلام (الإصدار الطبعة الثانية). عمان: مكتبة الرسالة الحديثة.

منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الهوتي. (دون تاريخ). الروض المربع شرح زاد المستنقع. دار المؤيد ، مؤسسة الرسالة.

.le travailfemininen algerier.(1970).cpfbenatia

.fdg: dfg .gdf.(fgf) .dfgf

الأطروحات:

حمدو زكية. (2004-2005). مصالحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة. تلمسان: جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان.